6

PER

D. Giovannandrea Confalone

COMMISSARIO

L' integerrimo signor Marchese di Piescopagano.

D. Giovannandrea Confalone, qual chiamato al fedecommesso fondato da Paolo Confalone suo avolo, intende revindicare e riavere da Fabrizio, Giovanni, Gennaro, e Niccola Carotenuto una masseria sita nel territorio di Valle, la quale essendo tra' beni sommessi al fedecommesso, fu da Niccola e Fortunato, che eran due de' cinque figliuoli di Paolo, conceduta in enfiteusi, l'anno 1713, a' Francescantonio e Fabrizio Carotenuto: e con questa intenzione e con tal proposito nel mese di novembre dell' anno 1787 istituì nel S. C. il giudizio di revindica-

 zio-

zione (1). Appoggia l' azion sua il Confalone alla nullità della enfiteusi, e di questa nullità esibisce una triplice dimostrazione. Ed essa è nulla, perchè fatta di roba fedecommessata e vietata di alienarsi. Ed inoltre è nulla per lo difetto di facoltà nelle persone alienanti. Ed in ultimo luogo è nulla per la mancanza dell' autorità e del decreto del magistrato. In questi termini ed in questo aspetto esso propone la sua difesa. Oppongonsi, come è natural cosa, a questa azion di revindicazione li fratelli Carotenuto: ma poichè ben sanno di non avere niuna ragion valevole a contrapporla, ricorrono, come in ultimo luogo, ad addurre in pro loro qualunque cosa loro sembri somministrarli un aria di difesa. Quindi è che la contesa, che

(1) *Fol. 1 ad 4, Acta originalia pro D. Joanne Andrea Confalone cum Fabritio et aliis de Carotenuto = De Martino act. mag. = Paolella scriba.*

che si propone a decidere al S. C., è questa: E' nulla ovvero no la enfiteusi dell'anno 1713? E' ben sostenuta l'azione della revindicazione dedotta da D. Giovannandrea Confalone? E qual è il merito delle contrarie allegazioni ed eccezioni? Ecco tutto ciò, che forma il soggetto dell'esame e del giudizio. Io difendo D. Giovannandrea: e alla occasione e all'uopo di questa difesa mi propongo a fare ampia dimostrazione della nullità di quel contratto, che è il debole e meschino appoggio de' contradditori.

La essenzial parte di questa difesa consiste nella pruova di due estremi di fatto, alla qual pruova seguendo poi poche e brevi applicazioni di dritto, si conseguirà il fine di fare una dimostrazione compiuta. E l'uno e principale è la esistenza del fedecommesso di Paolo Confalone, dalla cui disposizione prende tutti i suoi dritti, e trae l'ampia sua difesa D. Giovannandrea. E l'altro anche necessario è, che la masseria, intorno

 alla

alla quale si contende, fosse stata tra' beni e ne' beni dello stesso fedecommettente Paolo. Queste due dimostrazioni di fatto, sostenitrici del dritto dell' attore, vantano nella collocazione ragion di precedenza. E noi, per seguire l' ordine, che abbiam proposto a noi stessi, giustificheremo in primo luogo la esistenza del fedecommesso istituito da Paolo Confalone: ed indi il certo dritto provveniente al nostro cliente da tal fedecommesso.

Del fedecommesso di Paolo Confalone.

IL fedecommesso di Paolo Confalone è l' unica gran sorgente del dritto di D. Giovannandrea suo nipote. Questo fedecommesso è contenuto nel suo nuncupativo testamento del giorno 15 di novembre dell' anno 1706, che noi ora trascriveremo. Se non che, per renderne più piana e facile la intelligenza, farem pre-

precedere al testamento le opportune notizie riguardanti lo stato e le circostanze di sua famiglia. Egli avea cinque figliuoli, de' quali Niccola, Francesco, Michelangelo, e Fortunato erano maschi, ed Elena era femina. Le sue fortune non solo non erano ampie corrispondentemente alla sua condizione, ma eran per lo contrario molto ristrette. Era egli penetrato dal comun voto di conservare la sua distinta famiglia: sicchè andò indagando in qual modo potesse perdurre ad effetto questa sua giusta intenzione, e credette di trovarne il conveniente modo, e il proprio mezzo nella seguente disposizione. Distinse adunque e separò l' usufrutto de' suoi beni dalla proprietà: e poichè ebbe queste cose distinte e separate, istituì i suoi cinque figliuoli nel puro e semplice usufrutto, riserbando la proprietà a' suoi nipoti, li quali poi gravò di un perpetuo maschil fedecommesso. Le sue nette e semplici parole rendono manifesta la sua intenzione: *Esso testatore fa a se suoi eredi universali, quoad usumfructum*

 tan-

tantum , loro vita durante , sopra tutti i suoi beni stabili , mobili . . . . i signori D. Nicola , D. Francesco , D. Michelangelo , D. Fortunato , e D. Elena Confalone suoi carissimi figli : ognuno di essi pro aequali parte et portione , quoad usumfructum tantum , loro vita durante tantum (2) . E tutto ciò , che lasciò alla disposizion de' figli , fu ristretto al prodotto dell' usufrutto di un solo anno: *Con potestà ad ognuno di essi di disponere e testare di un' annata del detto usufrutto , che spetterà ad ognuno di essi , non comportando lo stato della casa fare disposizioni perpetue , ma possa disponere di quell' annata , che seguirà post mortem di ciascuno di essi , a loro arbitrio.* Ecco come finora i suoi cinque figliuoli sono meri e semplici usufruttuarj durante lor vita. Della proprietà dispose appresso : e perchè queste due disposizioni non si confondessero tra loro , ma andassero così

(2) *Fol.* 32.

così divisamente scritte, come eran diversamente disposte, egli a dichiarazione di ciò soggiunse: *e resti la proprietà a beneficio di chi ordinerà in questo presente testamento*. E per serbare su i mobili la stessa disposizione, che egli avea fatta su de' stabili, aggiunse: *e però vuole, che della porzione de' mobili ad ognuno di essi spettante, si obblighi ognuno di essi di non alienare, ma solo servirsene per uso, e poi vada a beneficio di chi avrà la proprietà*.

E' adunque tanto certo, quanto diconlo le chiare parole del testatore, che a' suoi cinque figliuoli egli lasciò *usumfructum tantùm loro vita durante*. Ed acciocchè di ciò non si potesse muovere dubbio niuno, egli lo ripetette più volte nel testamento, secondochè leggesi da' capitoli quì sopra riportati. E ripetendolo ulteriormente fino alla nausea, disse appresso: *Item vuole ed ordina, che detti signori D. Francesco, D. Michelangelo, D. Fortunato, e D. Elena, usufruttuarj loro vita durante, l'uno debba succedere in detto usufrutto all' altro*,

 acciò

acciò abbiano maggior comodità: e questo arbitrio lo fa, acciò abbiano da eseguire quanto ha disposto per la proprietà, sopra la quale non abbiano da pretendere cosa alcuna, eccettochè disponere di un annata dell' usufrutto per ciascuno (3).

Fin quì il testatore dispose del semplice usufrutto. Della proprietà non solo non dispose, ma protestò, che avrebbe disposto appresso. Sono adunque finora i suoi cinque figliuoli semplici usufruttuarj. Veggasi ora a vantaggio di cui ha disposto della proprietà: *Item fa suoi eredi nella proprietà della sua eredità, a morte di tutti detti suoi figli ed eredi, li figli mascoli di detto signor D. Nicola suo figlio primogenito, colle infrascritte condizioni videlicet: che detti figli mascoli non possano vendere, nè alienare, nè impegnare corpo alcuno della sua eredità, ma che godano solo del frutto, e* re-

(3) *Fol.* 34.

resti sempre la proprietà a' loro discendenti mascoli in futurum et in perpetuum ex *loro* corpore, *e però li sostituisce con questa condizione alla proprietà delle porzioni di detti signori D. Nicola, D. Francesco, D. Michelangelo, D. Fortunato, e D. Elena* suoi *figli, e l' ha proibito l' alienazione anche delle legittime, per conservare a detti discendenti tutta la proprietà della sua eredità, ed in ogni caso che alienassero qualche corpo e capitale, l' alienato se lo possa pigliare il regio fisco: solo dà potestà, che in caso avessero occasione di comprare feudi, o far compra di maggior rilievo, e li mancasse parte della summa, che spenderanno a feudo, o di altra compra di maggior rilievo e di vantaggio della casa, in tal caso possano vendere, o permutare, con che sia più summa quella impiegano, che quello alienano; che almeno siano due parti quello impiegano, ed una terza parte quello alienano, o impiegano, al che vi sia lo parere e consenso del duca di Flumari*

 in

in scriptis (4). Ecco gli eredi proprietarj gravati della restituzione della roba per fedecommesso, li quali son diversi dagli usufruttuarj.

Accettazion del testamento.

Paolo morì a' 21 di aprile del 1710 (5). Potevano i figliuoli dolersi e rifiutare: potevan contentarsi ed accettare. Elessero di accettare il testamento, e con due pubblici e solenni strumenti, l'uno de' 19, e l'altro de' 27 di giugno dello stesso anno 1710, lo accettarono. In questi strumenti è reassunta nettamente la disposizione contenuta nel testamento: ed i figliuoli di Paolo riconosconsi e dichiaransi semplici usufruttuarj, duranti le vite loro, e riconoscono la proprietà nelle persone de' loro figliuo-

(4) *Fol.* 35 *et a t.*
(5) *Fol.* 239.

gliuoli, cioè de' nipoti del testatore (6). Conseguentemente a queste dichiarazioni fatte ne'strumenti chieggono ed ottengono il preambolo dalla G. C. *cum oneribus, vinculis, conditionibus, substitutionibus, et fideicommissis in praedicto testamento contentis* (7).

Conseguenza.

CONseguenza di questi fatti è, che avendo i figliuoli riconosciuto ed accettato in tutta la sua ampiezza il testamento paterno, quel testamento forma ad essi una legge inalterabile. Quanto è scritto in quello, è per essi uno inviolabile precetto. Riduciam dunque in una breve somma la scrittura del testamento, per aver sempre presente la legge direttrice della ulterior dimostrazione.

Som-

(6) *Fol.* 47 *ad* 51.
(7) *Fol.* 57.

Somma del testamento .

IL testatore avea cinque figliuoli , e sperava di aver nipoti e perpetua maschil successione . Perciò diede a' figliuoli l'usufrutto soltanto , e con quanta gelosia , con altrettanta avvedutezza rimosse ed allontanò le persone loro dalla proprietà , la qual diede unicamente e direttamente a' nipoti con titolo d'istituzione . Ma egli non volle , che questi suoi nipoti acquistassero colla proprietà della roba la libertà di disporne : e perciò togliendo loro ogni disposizione , gravogli della restituzione della eredità a' discendenti per fedecommesso . Quindi li figliuoli non aveano niuno dritto sulla proprietà . Il puro usufrutto fu tutta la loro eredità . E quindi i nipoti furono gli eredi nella proprietà , ma col peso e col gravame della restituzione . Ecco tutta spiegata la intenzion del testatore : ecco la somma del testamento .

La prima parte della dimostrazion di fatto ,

to , che noi ci avevam proposta , era la esistenza del fedecommesso istituito da Paolo Confalone : ed a ciò abbiamo adempiuto già . Ma è egli D. Giovannandrea tralla classe delle persone in quel fedecommesso chiamate , ed ha di questa sua chiamata la dichiarazion del magistato ? Questa qualità inerente alla sua persona è di tanto facile dimostrazione , quanto risulta da' solenni decreti , co' quali il magistrato gliene ha data la spettanza (8) .

Poichè si è accertato il fedecommesso e 'l certo dritto di D.Giovannandrea sul fedecommesso , dee ora accertarsi , che la masseria conceduta in enfiteusi , sia stata ne' beni e tra' beni del fedecommettente .

La

(8) *Fol.* 243 *et* 244.

La masseria sita nel territorio di Valle era ne' beni e tra' beni di Paolo Confalone.

L'Inventario della eredità di Paolo Confalone, solennemente formato da' suoi figliuoli poco dopo la morte del padre, esibisce una pienissima pruova, che la masseria sita nel territorio di Valle era stata tra' beni del di lui patrimonio; ed indi era tra quelli della sua eredità. In quell'inventario adunque, fatto a' 28 di agosto del 1710, è descritta tal masseria in queste parole: *una massaria di moja quarantacinque, sita e posta nel territorio di Valle della terra di Scafati, parte seminatoria, e parte arbustata con viti e pioppi, giusta li beni, da capo il fiume grande di Scafati, da piede la via regia di Napoli, da uno lato verso oriente li beni del detto venerabile monistero della santissima Trinità di Ravello, detti li pisani, dall' altro lato verso occidente la via vicinale,*

nale , *ed altri confini* (9) . Questo unico e solo fondo possedea Paolo Confalone in terra di Valle, nè altro l' inventario ne contiene , nè altro i Carotenuto han dimostrato , che ne avesse , della qual dimostrazione glie ne sarebbe pur grato D. Giovannandrea.

Or questa masseria ereditaria di Paolo fu da Niccola e Fortunato , li quali eran due de' cinque figliuoli di Paolo , conceduta in enfiteusi a Francescantonio e Fabrizio Carotenuto , in virtù d' istrumento de' 3 di ottobre dell' anno 1713 . Nel quale istrumento è scritto : *praedicti D. Nicolaus et D. Fortunatus dictis nominibus sponte asseruerunt coram nobis , et dictis Francisco antonio et Fabritio praesentibus , vulgariter loquendo pro meliori facti intelligentia , videlicet : qualmente essi D. Nicola e D. Fortunato unitamente con detti signori D. Francesco e D. Michelangelo loro fratelli hanno , tengono , e posse-*

(9) *Fol.* 63. *a t. lit. A.*

sedono giustamente, come veri signori e padroni una masseria di moggia cinquanta in circa in qualche parte vitata, e l' altra seminatoria, sita e posta nel territorio di Valle, giusta li beni, da settentrione la via regia, da oriente li beni del venerabile monasterio della santissima Trinità di detta città di Ravello, da mezzo giorno l' alveo del fiume, che va alli molini di bottaro, da occidente li beni della venerabile chiesa di santa Maria delle vergini della terra di Scafati, il venerabile monisterio di santa Maria a puzzano di Castellammare, e dalla parte, che riguarda occidente, li beni di Gennaro Villano, ed altri confini, se ve ne sono (10).

Per non lasciare a' contraddittori nostri niuna gretola da scappare, ed a confondere quel susurro, che essi facevano nella ruota del S. C., quando si parlò la causa, intorno alla non identità della masseria, ed alla diversa descrizione dell' in-

(10) *Fol. 68. a t. lit. B.*

l'inventario e dello strumento , paragoniam tra loro queste due descrizioni , e questo paragone ci esibirà la identità del fondo controverso . Nell' inventario è descritta *una masseria sita e posta nel territorio di Valle* : e nello strumento similmente è descritta *una masseria sita e posta nel territorio di Valle*. Dunque ambedue queste scritture convengono nel sito, che è il territorio di Valle . Inoltre nell' inventario è descritta la masseria essere *parte seminatoria , e parte arbustata con viti e pioppi* : e nello strumento è descritta *parte vitata*, *e parte seminatoria* . Dunque convengono anche nella descrizione dello stato della cultura. Dippiù nell' inventario le si assegna per confine *da capo il fiume grande di Scafati* : e nello strumento le si dà parimente per confine *da mezzo giorno l'alveo del fiume*. Di vantaggio nell'inventario le si dà per confine *da un lato verso oriente li beni del venerabile monisterio della santissima Trinità di Ravello*: e nello strumento si asserisce *confinante*

da

da oriente co' beni del venerabile monistero della santissima Trinità di detta città di Ravello . Dippiù nell' inventario le si dà per confine *da piede la via regia* : e nello strumento se le dà per confine *da settentrione la via regia* . Convengon dunque nelle parti sostanziali le due descrizioni : e quantunque sembrino differenziare alquanto intorno alla quantità, dacchè nell' inventario si descrive per moggia *quarantacinque*, e nello strumento per moggia *cinquanta in circa*, pure non dee lasciarsi di notare, che nè l' una nè l' altra volta fu misurata, e che quel *circa* apposto al *cinquanta* può formare quel meno, che la masseria trovossi ad essere. E di fatti, per una misura fattane da' stessi Carotenuto, trovossi ad essere in realtà di moggia quarantotto, come essi stessi il dichiarano in un pubblico e solenne strumento della data de' 18 di aprile del 1763 (11). E' adunque pro-

(11) *Fol.* 95.

provata e dimostrata fino all' eccesso la identità della masseria . Ed ecco dimostrato il secondo estremo del giudizio , che tal masseria era ne' beni e tra' beni di Paolo Confalone .

Risultato delle antecedenti dimostrazioni .

ANdando a ridurre le più lunghe dimostrazioni di fatto , che ci hanno occupato sinora , a brevità ed a somme , noi ci troviamo di aver ridotte a certezza le seguenti cose . E' adunque provata la esistenza del fedecommesso di Paolo Confalone : ed è provato inoltre, che in quel fedecommesso sia contenuto l' espresso divieto di alienare . Costa eziandio con pari certezza, che D. Giovannandrea Confalone sia a quel fedecommesso chiamato. Ma è altresì fatto evidente , che la masseria sita in territorio di Valle a quel fedecommesso appartenga . E di queste dimostrazioni di fatto è

cer-

certa conseguenza , che D. Giovannandrea abbia fermo e nitido dritto su tal fondo . E poichè detengon questo fondo li fratelli Carotenuto , una regola di compiuta dimostrazione ci ammonisce di rilevare la nullità di quel contratto , sotto l' ombra del quale essi la detengono . E siccome noi proponemmo sul principio di questa allegazione, che questa nullità nasce da tre fonti, adempiendo ora , tratteremo partitamente di ciascun di loro, e da ciascuno ci sarà somministrata conchiudente pruova della nullità .

La enfiteusi è nulla , perchè la masseria è soggetta a fedecommesso .

IL fedecommesso è un precetto ordinato a conservar la roba nella famiglia . La sua somma e la sua sostanza è espressa in questa breve formola della giurisprudenza : *ne domus alienaretur, sed ut in*

in familia relinqueretur (12). Dunque la indole e la natura de' fedecommessi contiene in se il divieto dell' alienazione. Adunque chi aliena, contravviene alla comune legge de' fedecommessi, e prende a far guerra e a distruggere la volontà de' fondatori. La volontà de' fedecommettenti è una legge, ed ha tutta la forza ed il poter di legge (13). Dunque il contravventore, coll' atto della contravvenzione, fa cosa contraria alla volontà, e conseguentemente distruttiva della autorizzata legge del fondatore. E chi talmente adopera, nullamente adopera, giacchè la legge nega il valore all'atto fatto contra il suo precetto (14). Adunque per un grave argomento tratto dalla natura de' fedecommessi, è nulla l' enfiteusi

(12) *L. 69. §. 3. D. de legat. II.*

(13) *Disponat unusquisque super suis, ut dignum est, et sit lex ejus voluntas.* Nov. 22. cap. 2.

(14) *L. 5. C. de legib.*

teusi fatta da due de' cinque figli di Paolo . .

Ma noi abbiamo un argomento più stretto ancora e più efficace. Ciò che è tratto dalla natura de' fedecommessi, è contenuto nel testamento nostro, come un precetto espresso. In esso è scritto, che *detti figli mascoli* (questi sono i nipoti del testatore : sono i figliuoli de' suoi figliuoli) *non possano vendere, nè alienare, nè impegnare corpo alcuno della sua eredità, ma che godano solo del frutto, e resti sempre la proprietà a' loro discendenti mascoli in futurum et in perpetuum ex loro corpore*. E' rotondamente vietata adunque l'alienazione. Ma la enfiteusi è alienazione, secondochè è dichiarato da Giustiniano (15). . Adun-

(15) *Sancimus sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum*

Adunque la indole e la comune natura de' fedeçommessi, ed il precetto espresso del fondatore forman due insormontabili divieti. E poichè quel che è fatto, è contrario ad essi: dee il fatto de' figli del fondatore, cioè dee la enfiteusi dichiararsi nulla, come nulla fu fin dal suo principio. Ed ecco conchiudentemente provata la nullità della enfiteusi per la natura stessa della cosa vietata alienarsi. Proveremo ora la nullità per la mancanza del dritto nelle persone de' concedenti.

 La

xum penitus prohiberi. Similique modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum auctoritas, vel testatoris voluntas, vel pactionum tenor, qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit. L. 1. C. de reb. alien. non alienand.

La enfiteusi è nulla, perchè mancava a' concedenti la facoltà di contrarre sulla masserìa.

A' cinque figliuoli di Paolo fu dato il solo e semplice usufrutto de' suoi beni, e la proprietà fu data a' nipoti, gravata del peso della restituzione per fedecommesso. Ma è certa giurisprudenza, che chi ha il solo usufrutto, tanto è lontano, che abbia alcun dritto sulla proprietà, che egli non va messo nemmeno nella classe de' possessori (16). Dunque la masseria di Valle non era ne' beni e tra' beni de' figliuoli di Paolo. Dunque essi non aveano nemmeno quel dominio meno pieno, che

(16) *Qui solam proprietatem habet, possessor intelligendus est. Eum vero, qui tantum usumfructum habet, possessorem non esse Ulpianus scripsit.* L. 15. §. 1. D. qui satisd. cog.

che chiamasi dominio utile. Non potean perciò trasferire quell' utile dominio, che essi non aveano. Conseguentemente la mancanza della facoltà ne' concedenti rende nullo l' atto della concessione.

Aggiungasi a ciò; che cinque erano i figliuoli, de' quali due soltanto intervennero nello strumento della concessione. Quantunque fosse picciolissimo il dritto del solo usufrutto, che per legge risolvesi in una servitù (17); era non però un diritto comune a tutti cinque, ed a tutti egualmente conveniente. Vieta la ragione e la legge, che l' un socio usi della cosa comune senza il con-

(17) *Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit: ut via et iter: nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse: hoc et Julianus; et est verius.* L. 25. D. de V.S.

sentimento dell'altro (18). Ma degli altri niuno intervenne all'alienazione. Dunque anche per questa ragione è nullo l'atto ed è vuoto di effetto il contratto.

Nulla ostanti queste valide ed efficaci dimostrazioni della nullità, noi pur procediamo innanzi a dimostrarla procedente eziandìo dalla inosservanza della forma, o sia dalla mancanza del decreto.

La enfiteusi è nulla per mancanza dell' autorizzazion del magistrato.

GEloso e dilicato oggetto della giurisprudenza è stato sempre il governo de' pupilli e de' minori. Le leggi, i sena-

(18) *Sabinus, in re communi neminem dominorum jure facere quicquam, invito altero, posse.* L. 28. D. comm. divid.

natusconsulti, gli éditti, i responsi, i rescritti con voce uniforme enunziano la più ampia loro protezione. Quindi la economia de' loro interessi, assai più che a' tutori ed a' curatori, sta affidata alla religion del magistrato (19). Il prendere piena cognizione de' loro contratti: lo approvarne le cagioni giustificanti: lo autorizzarli, è sua facoltà privativa (20). Il contratto adunque prende la sua sussistenza dall' autorità del magistrato: e l' autorità non va interposta, se non previa quella piena cognizione, che renda certa la necessità del contratto. E' conseguenza di questa legislazione, che ove tanto non facciasi, quanto essa prescrive, ed ove lo stabilito rito e solen-

(19) *Praetori arbitrium hujus rei senatus dedit.* L. 5. §. 9. D. de reb. eor. qui sub tut. sunt.

(20) *Per inquisitionem judicis, et probationem causae, interpositionemque decreti.* L. 22. C. de administrat. tutor.

nità non si osservi, è nullo l'atto e vuoto di effetto il contratto (21). Questa, anzichè appartenere alla spezie di quelle leggi particolari, che secondo una elegante espressione di Bacon da Verulamio, nascono col tempo, e col tempo stesso si estinguono (22), è giurisprudenza perpetua, adottata e gelosamente conservata in tutti i tempi e fra tutte le culte nazioni.

I chiamati a' fedecommessi sono agguagliati nella condizione a' pupilli, quantunque come persone non ancora esistenti, meritassero pure di più. Una medesimezza di condizione, una identità di ragione hanno estesa su di essi una stessa giureprudenza: e quindi è che tra noi il magistrato conosce egualmente del contratto

(21) *Jam ergo tutoris venditio nulla sit sine interpositione decreti*. L. 22. C. de administrat. tutor.

(22) *Temporis leges*. De prima dignitat. leg. aphor. 15.

to de' beni de' pupilli, de' minori, e de' chiamati, ed egualmente gli autorizza, pronunziando la grave formola *expedit*: Se non che il nostro sempre savio governo con miglior consiglio e con provvidenza maggiore nuova forma e nuovo rito introdusse intorno a' decreti riguardanti i loro beni, ed un più copioso numero di giudici v'impiegò al di là di quello, che è pur sufficiente a decidere ogni gravissima causa. Nè arrestandosi all' esame di questo copioso giudizio, volle che passassero a riesame in un senato maggiore (23). Tanto numero di giudici: piene e raddoppiate cognizioni: tanto esame e minutezza formano il necessario rito de' giudizj riguardanti beni de' pupilli, de' minori, e de' chiamati. E' certo il rito: la forma è

 pre-

(23) *Pragm. unic. de vinc. seu condition. etc. Regal rescritto interpetrativo della prammatica, emanato a' 20 di febbrajo del* 1749.

prescritta: il decreto talmente interposto è necessità. Se questa è la forma prescritta: se questo è il rito consecrato: se questi solenni sono inviolabili, la nullità dell' atto è la giusta pena della contravvenzione e del trasandamento della forma prescritta (24). Ora nella enfiteusi del 1713 non intervenne esame della espedienza della enfiteusi, non intervenne cognizione, non fu interposto decreto. Dunque l' atto, o sia la enfiteusi contiene il sommo difetto di una insanabile nullità.

Som-

(24) *Dichiarando che ogni decreto, che si ritroverà interposto senza osservare la sopradetta forma, sia ipsc jure nullo ed invalido, e colla presente lo dichiariamo ipso jure nullo ed invalido, come non fosse interposto*. Pragm. un. de vincul. et condit. etc. §. 6.

Somma delle cose ragionate .

CUmuliamo insieme le dimostrazioni della nullità del contratto, perchè veggansi di un guardo solo. Ed in primo luogo la masseria è sottoposta a fedecommesso, contenente altresì un rotondo divieto di alienazione. Dunque la sua stessa natura e la chiara voce del fondatore rendono nullo il contratto fatto su di essa. A questa nullità accoppiasi l' altra provveniente dalla mancanza della facoltà ne' concedenti. Ed a queste due si fa compagna la terza derivante dalla mancanza della necessaria forma e del decreto prescritto in tali contratti. Questo triplice aspetto compie la dimostrazione della nullità, che D. Giovannandrea Confalone si propose a fare al tribunale.

Op-

Opposizioni de' Carotenuto.

Alla dimostrazione della intrinseca nullità dell' atto, che noi abbiamo compiutamente fatta, niuno contrario argomento o ragione oppongono i contradditori. Per la qual cosa avviene, che la dimostrazion fatta resti salda e scevera da qualunque contraddizione. L' effetto della qual dimostrazione sarebbe, che essi li Carotenuto lasciassero il fondo enfiteutico, restituendolo al suo legittimo padrone D. Giovannandrea. Ora a questo effetto, al quale la cosa dee necessariamente perdursi, facendo i Carotenuto ogni sforzo che non si venga, contrappongono alcune estranee difficoltà, alle quali essi industriosamente voglion dare l' aria di ragioni, e vogliono che come ragioni li debbano valere. Ma esse o che dicansi difficoltà forensi, o che s'inalzino ad usurpare il rispettabil nome di ragioni, poichè in realtà non lo sono, non possono giammai aver forza va-

le-

levole ad impedire l' effetto del certo e nitido dritto a D. Giovannandrea conveniente. E perchè la fievolezza delle allegazioni loro si renda palese, e la inefficacia e la inutilità se ne dimostri, noi or ora le trascriveremo, indi le vaglieremo. Questa operazione porterà seco la utilità di render evidente, che esse non possono fare niun ostacolo alla dimostrata necessità della restituzion del fondo.

Che è quello adunque, che adducono li fratelli Carotenuto in contrapposizione della restituzion giustamente dimandata? Tutto ciò che essi oppongono, quantunque vestito e colorito a diverse forme, riducesi tutto netto e nella sua sostanza al seguente. Dicono in primo luogo, che D. Michelangelo Confalone, il quale fu padre di D. Giovannandrea, riconobbe la enfiteusi fatta da due de' suoi fratelli, e con atto tanto espresso, quanto è un pubblico e solenne istrumento, la confermò nell' anno 1763. La forza della quale conferma, essi presumono, che valga

ga eziandìo a far sussistere l'atto nullo, al quale ha essa apportata la vita e la sanità. E dicono in secondo luogo, che D. Giovannandrea è erede del padre suo D. Michelangelo, ed è parimente erede del zio D. Fortunato, il quale è un di que' due, che concedettero il fondo l'anno 1713. Or la qualità ereditaria inerente nella di lui persona essi vogliono, che debba produrre due effetti: e l'uno è, che l' erede non possa contravvenire al fatto del defunto, nè disapprovare quello, che il defunto volle ed approvò: e l'altro è, che l' erede debba prestar la evizione per lo contratto nullo del defunto in tanta parte di beni, quanta ne è ad esso dalla eredità pervenuta.

A questa molto studiata e ricercata difesa, la quale ha il color della illusione, ma non ha niuna solidità, diamo se brevi, piene però e solide risposte. Ed acciocchè l'una di esse non vada a confonder l'altra, ma ciascuna tenga il luogo suo, le darem distaccate.

Si

Si discute la vantata conferma del contratto enfiteutico.

VEra cosa è, che D. Michelangelo, il quale era padre del mio clientolo, riconobbe, e dicasi pure, confermò la enfiteusi. Questo è un fatto, del quale rende ampia testimonianza un pubblico strumento. Ma verissima cosa eziandio è, che noi alieni da muover questione intorno al fatto, neghiamo soltanto al fatto medesimo ogni valor legale e civile. E che quel fatto niente valga e niente pruovi e niente operi nella linea di atto civile e legale, eccone la nitida dimostrazione. Era D. Michelangelo uno de' cinque figliuoli del fedecommettente Paolo: ed egli ammesso soltanto alla quinta parte del puro e semplice usufrutto de' beni della eredità, non avea niuna ragion di dominio sul fondo, nemmeno di quello meno pieno, che chiamasi utile. Dunque, per le cose più sopra ragionate, egli non avea facoltà di concedere in enfiteusi il

il fondo ; e se non avea facoltà di concederlo, non poteva parimente aver quella di approvare l'altrui concessione ? E conseguentemente a questo atto o fatto approvante di D. Michelangelo ostano quelle stesse gravi opposizioni, le quali abbiam dimostrato già fare insormontabile ostacolo alla concession fatta dagli altri due suoi fratelli. Il fondo riconosceva per suoi legittimi padroni i soli nipoti del testatore: era soggetto a strettissimo maschil fedecommesso, dal quale erano esclusi i figliuoli del fedecommettente: all' alienazion di esso ostava un rotondo ed espresso precetto: ed inoltre tanto nell' alienazione dell' anno 1713, quanto nella conferma di D. Michelangelo dell' anno 1763, manca l' autorità ed il necessario decreto del magistrato. Manca dunque la validità del contratto primitivo ed originario ; ed ove non è nè atto nè contratto, ivi non può stare nè conferma nè approvazione.

Non ha dubbio niuno, che D. Michelangelo avrebbe avuta la facoltà di conferma-

mare, quando avesse avuta quella di concedere, conciosiachè se all' opposito non avesse avuta quella di concedere, egli è evidente, che non avrebbe potuto confermare. Dunque, a dar giusto valore alla conferma di D.Michelangelo, riportiam le cose al tempo della primitiva concessione fatta l'anno 1713: e facciam conto, che in quel tempo D. Michelangelo, unito colle intenzioni degli altri due fratelli, fosse intervenuto con essi nello strumento della concessione. Ora in tale ipotesi quella concessione quanto varrebbe? Certa cosa è, che essa non varrebbe niente, e la pruova e la dimostrazion che non varrebbe, si è da noi già addotta. Dunque se l' intervento di D. Michelangelo nella primitiva concessione non avrebbe somministrata niuna validità ad essa, è una necessità conseguente, che la sua conferma, la qual non è, se non se il suo posteriore intervento, non potea render migliore la qualità dell'atto, nè somministrargli quella forza e valore, che esso non avea.

Ad

Ad una nullità prima aggiuntene cento posteriori, il risultato sarà sempre di cento ed una nullità.

Poichè è già svanita la prima opposizion fatta da'Carotenuto, valutiamo ora le altre, e troveremo, che la loro sorte non è in niente migliore di quella della prima.

D. Giovannandrea Confalone, nulla ostante che sia erede del padre e del zio paterno, ben può dire di nullità della enfiteusi fatta da essi.

DIstinguiamo le persone; distinguiamo le provvenienze de' beni; distinguiamo le azioni; e da queste distinzioni otterremo la piena dimostrazion dell'assunto. Il nostro clientolo e 'l giovane D. Paolo suo fratello, li quali, secondochè si è detto, sono direttamente chiamati nel testamento del vecchio Paolo fede-

decommettente di loro avolo paterno, intantoche tutto il diritto, che ad essi appartiene su de' beni dell' avolo, attiensi unicamente al testamento. E perchè essi non potevano non riconoscere dalla beneficenza dell' avolo ciò, che soltanto dalla sua grata volontà loro provveniva, chiesero ed ottennero dalla G. C. la spettanza de' beni remasti nella di lui eredità (25). Per queste operazioni avviene, che essi sien forniti di un dichiarato dritto a succedere a' beni dell' avolo indipendentemente dall' opera del padre e de' zii paterni. Ma è già pienamente dimostrato, che la masseria sita nel territorio di Valle, sia ne' beni e tra' beni dell' avolo: e di questa dimostrazione è legittima conseguenza, che essi sono i soli padroni di quella masseria, della quale han fatto l' acquisto per un dritto tutto proprio e particolare, e per un titolo loro trasmesso direttamente dall' a-

(25) *Fol.* 243. *et* 244.

volo, senza il fatto, e senza il mezzo del padre e de' zii. In questo aspetto D. Giovannandrea è chiamato dall' avolo all' acquisto della masseria, che egli soltanto da lui riconosce ed ottiene.

Ma D. Giovannandrea è similmente erede del padre e del zio paterno D. Fortunato. Per questa qualità riconoscerà dal padre e dal zio tutto ciò, che da loro gli è stato con titolo ereditario trasmesso. Dunque tutto quello, che non era nella eredità de' due defunti, non è stato tramandato al loro erede. Ma la masseria sita a Valle non era nella eredità de' defunti; e conseguentemente non è pervenuta al nostro clientolo tra' di loro beni ereditarii. E che essa non fosse stata tra la eredità de' defunti, eccone la pruova di fatto. Il nostro clientolo e 'l suo fratello D. Paolo fecero l' inventario de' beni della eredità del padre e de' zii paterni: ed alla occasione ed all' uopo di tale inventario, protestarono espressamente, che nella loro famiglia eran più fedecommessi de' maggiori: che i beni soggetti

getti a que' fedecommessi intendevano prenderli ed averli da' loro istitutori, che gli avean chiamati ed invitati: che que' diversi beni non dovessero mai mischiarsi nè confondersi tra loro. E per serbare quella distinzione, che è interposta tra fedecommessi ed eredità, quando formarono l' inventario de' beni del padre, ebbero l' avvertenza di riportare alla eredità di Paolo ed alla soggezion del fedecommesso la masseria sita a Valle, la quale perciò fu notata così: *una masseria in Scafati soggetta al fedecommesso dell' antedetto fu D. Paolo seniore* (26). Questa stessa diligenza adoperarono similmente nel seguente atto legittimo dell' adizione. D. Paolo fu colui, che intervenne in quell' atto per se stesso, ed anche qual procurator de' fratelli D.Giovannandrea, e D.Niccola Fortunato, il quale poi professò tra gli espulsi. Ora in quell' atto protestò espressamente, che essi intendeano *ante omnia deducere a dicta hereditate*

C 2 *omnia*

(26) *Fol.* 255. *a t.*

omnia bona et jura spectantia eidem D. Paulo, et praedictis ejus fratribus ex testamento et fideicommisso quondam D. Pauli Confalone senioris (27).

Per tutto ciò è cosa evidente, che due sono le persone legali e civili, le quali D. Giovannandrea rappresenta e sostiene. Ed egli in rapporto all' avolo rappresenta e sostiene la persona di chiamato: e provveduto di decreto di spettanza, ottenne il possesso de' beni. Trasferironsi così dirittamente ad esso i beni dell' avolo; ed è tanto estranea intorno a tali beni la persona del padre, che il chiamato, essendo erede del padre, non ne riconosce il fatto, se tal fatto i beni fedecommessati comprenda. E' certa legal filosofia, che ciò che non è dipendente o provveniente dal padre, ma appartiene al figlio per un dritto particolare, non possa esser dalla disposizion del padre tocco o alterato: e se egli ne dispone, il figlio può ritoglierlo per un dritto

to

(27) *Fol.* 109. *et a t.*

to tutto proprio e particolare, perchè allora *jure proprio aliunde quaesito, et non hereditario nititur heres* (28). Posta la qual dottrina, D. Giovannandrea esercitando un proprio dritto, ben può revindicare da' detentori la masseria sita a Valle, da' quali non può derivargli nè ostacolo nè impedimento alcuno.

L'altra persona legale, che similmente rappresenta D. Giovannandrea, è quella di erede di due degli alienanti. Ora questa qualità ereditaria niun ostacolo produce all' esercizio della revindica, poichè D. Giovannandrea sostiene unicamente la revindica per un dritto tutto suo proprio, trasmessogli dall' avolo, ed indipendente perciò dalla eredità degli alienanti. E proposta dal dottissimo Strichio questa regola generale: *toties enim heres non tenetur approbare factum defuncti, quoties non ha-*

(28) *Strykius disputat.* XXIII. *cap.* II. *De facto defuncti ab herede non praestando: num.* 73.

habet a defuncto illud, quod defunctus ipsi relinquere tenebatur (29). Ma senza aver bisogno di ricorrcre alla differenza e alla distanza, che è interposta tra le due persone dell' erede e del chiamato, noi diciamo, che il contratto del 1713 è di quegli atti, che sono talmente nulli, che l' istesso suo autore potrebbe impunemente impugnarli; dal che deriva, che tantoppiù può impugnarli l' erede, a cui non nasce niuna obbligazione dal contratto nullo del defunto, conciosiachè ove l' atto sia nullo, è nulla la obbligazione, che per quell' atto contraesi, la qual cosa ora dimostreremo.

In alcuni atti e contratti è prefinita la forma, sono certi i solenni, sono statuiti i requisiti sostanziali. Dal concorso e complesso di tutte queste parti essenziali siccome unicamente nasce la validità dell' atto, così ben s' intende, che la man-

(29) *Disputat. De facto defuncti ab herede non praestando: num.* 44.

mancanza di qualche sostanzial parte o requisito inevitabilmente produca la insanabile nullità del contratto. E' regola proposta dal giureconsulto Paolo, che quel che non vale da principio, non può acquistar consistenza per lo tratto del tempo (30). Il sentimento di questa regola ci si svolge dalla forza delle parole. Con una perentoria formola (31) è decretato, che il decorso del tempo non ha virtù di saldare l' atto vizioso. Dunque se all' atto per se stesso vizioso il tempo non può apprestar sanità, avviene, che l' atto a capo a lungo volger di anni sia tuttavia così vizioso, come esso era nel primo nascere. Quello adunque, che nacque vizioso, resta vizioso qual nacque (32).

(30) *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.* Leg. 29. D. de R. J.

(31) *Non potest.*

(32) *Non potest tractu temporis convalescere.*

Or la mancanza di ciò che appartiene alla forma o alla sostanza dell' atto, va espresso da Paolo colla voce *vizio*, e da Giacomo Gotofredo va detto *inutilità* (33). Quando adunque nel contratto non sia osservata la forma prescritta, quando esso manchi in qualche sostanzial requisito, allora il contratto per una legal necessità ricade nel vizio e nella inutilità, le quali cose il foro esprime colla voce *nullità*. Di questa certa giurisprudenza romana noi abbiamo molti esempj. E' nullo il contratto del pupillo, al quale manchi l' autorità del tutore, conciosiachè se *auctoritas tutoris pro forma et substantia negotii desideratur*, secondochè bene osserva il dottissimo Giacomo Gotofredo (34), la sua mancanza rende nullo l' atto. E' similmente nullo il contratto di cosa esente dal commercio degli

(33) *Vitiosum seu inutile*. Comment. ad reg. XXIX.

(34) *Comment. ad reg. XXIX.*

gli uomini, perchè *ad formam et substantiam contractuum pertinet, ut res, de qua agitur, sit in commercio hominum* (35). Di vantaggio è nullo il contratto fatto da colui, che non ha diritto di contrarre, conciosiachè *ad substantiam contractuum pertinet, ut qui contrahit, contrahendi jus habeat* (36). Per la mancanza di questo dritto avviene, che in Francia il contratto fatto dalla moglie senza il consentimento del marito, è talmente nullo, che non risana nemmeno, quando morto il marito, essa diventa libera dispositrice della roba: *si mulier in Gallia sine consensu mariti contraxerit, soluto quamlibet matrimonio, contractus non valet* (37). Queste decisioni della romana legislazione attengonsi tutte all' unico principio, che il contratto, il quale manchi in qualunque sua sostanzial par-

(35) *Jacob. Got. loc. cit.*
(36) *Idem Got. eod. loc.*
(37) *Idem Got. loc. cit.*

parte, sia insanabilmente nullo.

Uniforme intieramente a tali decisioni della comune giurisprudenza è il prescritto delle nostre patrie leggi. E' statuito in esse, che i contratti su de' beni fedecommessati non altrimenti sien validi, se non quando sieci interposta l'autorità del magistrato in quella forma prescritta, e con que' precisi solenni, che perchè consecrati, sono indispensabilmente richiesti a dar la esistenza legale al contratto. Quindi la mancanza della prescritta forma produce la sua insanabile nullità. Esso resta *ipso jure nullo ed invalido*, non altrimenti che se non fusse stato mai fatto (38).

Guar-

(38) *Dichiarando, che ogni decreto, che si ritroverà interposto senza osservare la sopradetta forma, sia ipso jure nullo ed invalido, e colla presente lo dichiariamo ipso jure nullo ed invalido, come non fosse interposto*. Prag. un. de vinc. et condit. etc. §. VI.

Guardiam ora il nostro contratto nell'aspetto delle due giurisprudenze, e valutiamolo secondo le regole da esse proposte. La mancanza dell'autorità del tutore non fa esistere il contratto del pupillo: ora il contratto nostro è caduto su di roba più che pupillare, perchè la nostra è roba fedecommessata, e pertinente a future persone. Se il pupillo non usa di sua ragione, nel caso nostro non esistono nemmeno i chiamati, li quali debbono venire nel tempo futuro. Quindi per una maggior ragione è nullo il nostro contratto, se è nullo il contratto del pupillo. Il contratto del pupillo è nullo, perchè manca l'autorità del tutore: il contratto nostro è nullo, perchè manca l'autorità del magistrato. In secondo luogo è nullo il contratto, che cade su di roba, il cui commercio è interdetto. Or il contratto nostro è caduto su di roba, la quale perchè soggetta a fedecommesso, finchè il fedecommesso duri, non è commerciabile. Ed in ultimo luogo è nullo il contratto fatto da colui, cui manchi

la

la facoltà. Ora non pure mancava a'concedenti la facoltà di alienare il fondo fedecommesso; ma anzi vi è di più, cioè che il testamento del fedecommettente contiene un espresso precetto in contrario. E procedendo innanzi, è nullo eziandio, per le nostre leggi, il contratto di roba sottoposta a fedecommesso, senza la interposizion del decreto, e senza osservarsi la forma prescritta. Ora nel contratto nostro manca il decreto, e manca la forma prescritta: quindi esso è insanabilmente nullo.

Per tutte queste coerenze e convenienze il nostro contratto si trova contenere molte sostanziali, e perchè sostanziali, insanabili nullità. Esso dunque non ebbe mai l'essere, e mai, per dir così, spirito e vita, e secondo l'espressioni della legge romana, fu fin dal suo nascere *vizioso, ed inutile*; e secondo l'espressioni più energiche della legge patria, fu *ipso jure nullo ed invalido*. Or questi contratti così fatti, cioè quelli che contengono sostanziali nullità, non solo dallo

ere-

erede , ma possono attaccarsi da' stessi loro autori : *ubi actus est nullus dispositione legis , is , qui actum fecit , contravenire illi potest , eumque revocare* , scrisse con sodezza di giurisprudenza il Menochio (39) . Tal vero e solido sentimento adottò lo Alessandro : *quando actus est nullus ipso jure , potest illemet , qui fecit actum ipso jure nullum , venire contra illum actum* (40) : dottrina , che egli altrove ripete : *etiam is , qui fecit actum nullum ipso jure , in judicio potest dicere de nullitate* (41) . Questa vera dottrina fu similmente seguita dal Grammatico : *quod fuit factum contra legem , idemmet , qui contraxit , contravenire poterit , et sic stante prohibitione testatoris , posset etiam ipsemet hodie revocare , si viveret* (42) . E collo stesso sentimento il Cardinal Tusco dice :

(39) *Cons.* 559. *n.* 2.
(40) *Cons.* 93.
(41) *Cons.* 123.
(42) *Decis.* 93. *n.* 4.

ce: *alienans nulliter, potest revocare alienata: extende in omnibus casibus, in quibus alienatio est nulla favore alterius, prout in re dotali propter uxorem: in re feudali propter dominum, in re supposita fideicommisso propter vocatos* (43). E quindi è, che il Graziano dice, *quando lex prohibet, et resistit contractui, non valet actus, etiam volente illo, in cujus favorem annullatur* (44). Ed ecco nettamente provato e dimostrato, che cadendo il nostro contratto nella spezie delle insanabili nullità, gli stessi autori del contratto potrebbero, se fosser tra' vivi, impunemente rivocarlo. Ora se la rivoca si accorda allo stesso contraente, è chiaro, che essa molto più convenga all' erede. Questo sentimento portò il Menochio: *ita dicimus, heredem posse contravenire facto invalido et nullo sui antecessoris*

(43) V. alienatio *concl.* 267 *n.* 1 *et* 2.

(44) *Disceptat. forens. cap.* 691 *n.* 9 *et* 10.

soris (45). E dello stesso avviso fu similmente il Cravetta in queste parole: *imo facilius heres contravenire potest facto sui antecessoris, et illud impugnare potest, quam ipsemet antecessor* (46). Adunque per le cose dimostrate è dottrina comune sostenuta dalle leggi, ed adottata da'scrittori e dal foro, che l'atto nullo per mancanza di requisiti sostanziali, o per inosservanza della forma prescritta, sia insanabile irreparabilmente: e poichè è tale, può impunemente rivocarlo l'autor suo, e molto più facilmente può rivocarlo lo erede. Ed avendo noi dimostrato, che la enfiteusi dell'anno 1713 cada nel caso della insanabile nullità, è oramai evidenza, che possa il nostro clientolo rivocarla, e che abbia dritto di chiedere al tribunale la dichiarazion della sua nullità.

Avremmo già compiuta la fatiga. Ma poichè

(45) *Cons.* 159. *n.* 4.
(46) *Cons.* 200. *n.* 5.

chè i nostri contraddittori, li quali non sanno stancarsi di ripetere e di accumulare opposizioni, propongoncene in questo luogo una tolta da una legge, dalla quale credon favorita la causa loro, convienci anche ad essa rispondere. Un rescritto degl' imperadori Diocleziano e Massimiano fatto alle suppliche di una certa Seziana, ed inserito nel codice giustinianeo, forma l' ultima loro difesa e l' ultima loro opposizione. Si dolse agl' imperadori Seziana compratrice di un fondo, che il figliuolo della venditrice intendea, come suo proprio fondo, ritorglierlo. Gl' imperadori rescrissero, che la compratrice potea opporre al figliuolo ed erede della venditrice la eccezion del dolo malo per la parte de' beni, che era a lui dalla materna eredità provvenuta. Le parole del rescritto son queste: *Cum a matre domum filii, te sciente, comparasse proponas, adversus eum dominium vindicantem, si matri non successit, nulla te exceptione tueri potes. Quod si venditricis obtinet hereditatem, doli*

doli mali exceptione, *pro qua portione ad eum hereditas pertinet*, *uti non prohiberis* (47). Da questo rescritto non possono trarre niuna ragione li Carotenuto, come noi ora osserveremo. E' una verità storica avvertita dal dottissimo interprete del dritto romano Francesco Duareno, che i rescritti degl'imperadori dati alle suppliche de' ricorrenti, scrivevansi sulle stesse suppliche: e perciò essi eran chiamati *soscrizioni*. Questo costume faceva sì, che leggendosi i rescritti unitamente a' ricorsi, avean chiara intelligenza. Ma poichè Giustiniano inserì nel codice i soli rescritti senza le suppliche, è avvenuto, che mancando il fatto, l'intelligenza del rescritto siesi resa oscura (48). Questa oscurità osser-

D

(47) *L. 14. C. de rei vindicat.*

(48) *Illud observatione indignum non est*, *hujusmodi rescripta non ita concipi solita fuisse*, *ut quaestionem omnem*, *consultationemque complecterentur . . . . Consultor enim libellum offerebat principi* , *vel iis*,

servata dalvalentuomo, vedesi sparsa nel rescritto di Diocleziano e Massimiano. In esso non è indicato con precisione il netto stato della contesa. Ma poichè non possiamo altro, interpretiamolo qual esso è. La madre avea venduto un fondo appartenente al figliuolo. Il fondo venduto non era compreso sotto niun divieto di alienarsi. L' accession del volere del figlio era sufficiente a dar esistenza alla vendita. Il figlio potea contentarsene espressamente, o tacitamente e col fatto. Egli adì l' eredità della madre. Coll'atto dell'adizione trasferironsi in lui le obligazioni della madre. Sicchè egli andò volontariamente a riconoscere ed accettare il

iis, qui libellis praefecti erant ab eodem: cui libello subscribebat princeps . . . . ac plerumque magna in hujusmodi rescriptis hodie reperitur obscuritas, quod quaestio illa, et relatio, ad quam princeps rescripserat, desideretur in codice Justiniani. Disput. anniv. lib. I. c. 41.

il fatto della madre. Sarebbe dunque stato aperto dolo del figlio, quando non avesse riconosciuta la vendita per quella parte de' beni, che era a lui dalla materna eredità pervenuta. Quindi gl'imperadori accordarono alla compratrice l'eccezione del dolo (49).

Ora nella spezie del rescritto non è contenuta niuna di quelle insanabili nullità, le quali abbiam dimostrato sopra, negare assolutamente la esistenza al contratto; poichè il fondo venduto dalla madre era commerciabile, dovecchè il fondo fedecommessato non lo è. Dunque non vi era ostacolo provveniente dalla natura della cosa. Inoltre nella vendita della madre non vi era bisogno dell' autorità del magistrato, e della osservanza della forma prescritta, che va richiesta *pro substantia actus* ne' contratti de' beni fe-

(49) *Doli mali exceptione, pro qua portione ad eum hereditas pertinet, uti non prohiberis.*

decommessati. Il contratto quindi della madre non è insanabilmente nullo: il figlio perciò, che si ritrova ad essere simultaneamente padron del fondo venduto dalla madre, e di lei erede, non può impugnare il contratto, per quella parte, che gli è provvenuta dalla eredità. Questa vera intelligenza è data alla legge da accortissimi spositori. Quindi il Perezio esclude dalla spezie del rescritto la vendita, che la madre faccia di un fondo pertinente al figlio per proprio e particolar dritto: *Et proinde in specie dictae legis 14. filius heres matris, fundum suum per eam venditum vindicans, exceptione doli recte ab emtore repellitur, pro ea nimirum portione, qua ad eum matris hereditas pertinet. Quod si vero filius matri venditrici non successit, recte fundum suum vindicat, quia non potuit mater per se illius dominium in alium transferre, repugnante juris regula in l. 11. et 64. D. de R.I. Videatur Barbosa ad l. Lucius 39. D. soluto matrimonio etc., ubi num. 20. et seqq. plures conclusiones ponit, et limitationes, ut si actus*

fue-

fuerit nullus propter defectum consensus, quod tunc heres possit contra illum venire. Item contra factum defuncti simulatum. Item si actus fuerit nullus propter legis dispositionem, cui uti heres non potest expresse, ita multo minus tacite per aditionem renuntiare. Item potest retrahere rem alienatam a defuncto, consuetudine retractum admittente intra statutum tempus (50). Il dottissimo Samuele Strichio, che vide nel rescritto lo stesso sentimento, adottò la stessa dottrina: *Multo minus ergo alienatio illa a patre facta, filiae tanquam heredi praejudicare poterit, cum non observatis justis alienandi solemnitatibus, alienatio sit contra legis prohibitionem, et sic ipso jure nulla. Regulare autem est, quod in casu, quo alienatio a defuncto facta per se nulla est, etiam heredi contra factum defuncti venire liceat, per textum legis* Quemadmodum 7. C. De agricol., *et censet Baldus*

 in

(50) *Perez. comment. ad l.* 14. *C. de rei vindicat. n.* 14.

in lege Cum a matre 14. C. de rei vindicat. (51). Il nostro Grammatico vide anche egli della stessa maniera: *dicta lex* cum a matre *vindicaret sibi locum in alienatione valida, quia tunc heres obligatur observare gesta per defunctum: secus erit in alienatione invalida, prout in casu praesenti*: ed il caso del Grammatico era quello appunto dell'alienazione di un fondo soggetto a fedecommesso (52).

Le cose finora dimostrate convincono, che l'eccezione, che li Carotenuto han tolta dalla legge *Cum a matre* non solo non faccia migliore la causa loro, e non faccia niun ostacolo all'azione della revindicazione promossa da D. Giovannandrea, ma anzi per lo contrario renda evidente, che siccome in quel caso la libertà del fondo facea la difesa della compratrice, così nel nostro la soggezion del fon-

(51) *Disputation. De facto defuncti ab herede non praestando: cap. II. n.56.*

(52) *Decis. 93. n. 8.*

fondo, e l' inosservanza della prescritta forma, rendono nullo il contratto, ed inesistente l' enfiteusi.

E qui quelli Carotenuto, che non rifinano mai di parlare e di allegare, ripigliano nuovamente, ma con lingua e con tuono diverso. Dicono dunque: se D. Giovannandrea revindica, perchè usa di un dritto proprio, qual è quello di chiamato al fedecommesso, nè la qualità ereditaria gli fa resistenza niuna, deve egli almeno dall' altra banda esser tenuto alla evizione, perchè è succeduto nella obbligazione della promessa contratta dal defunto. Ecco a che ricorrono in ultimo luogo i contradittori, ridotti nella dura necessità di volgersi a qualunque soccorso. Danno opera in somma ad ottener dallo erede la evizione di ciò, che ritoglie loro il chiamato. Ma poichè questo ultimo loro ricorso e questa novella difesa ricade in una conseguenza del contratto, non ha dubbio niuno, che ove contratto non sia per niente, ove la legge gli nieghi la esistenza, qualunque

 pat-

patto apposto al contratto, debba cader con esso, e risolversi in quel nulla, in cui si risolve il contratto, ed ogni conseguenza di esso contratto debba svanire. Ora se abbiamo evidentemente dimostrato, che il contratto del 1713, in cui la evizion fu promessa, fu nullo fin dal suo nascere, e perciò non ebbe mai esistenza legale, è una verità conseguente, che la evizione, la quale è un appicco del contratto principale, segua la sorte del contratto, a cui essa si attiene: e se il contratto si risolve in nulla, in nulla risolvasi eziandìo la evizione. La nullità del contratto nascente dalla mancanza de' requisiti sostanziali, dal divieto della legge, dalla inosservanza della forma prescritta, produce il necessario effetto, che non debbasi in niun conto la evizion promessa nel contratto sostanzialmente nullo. E' questa una conseguenza legale, riconosciuta eziandìo dagli scrittori del foro. E' vietata per legge l' alienazion del fondo dotale. Se i conjugi contravvengono, alienando, ado-

doperano nullamente, in tanto che possono essi stessi dire di nullità dell' alienazione : *Maritus vel uxor , qui alienarunt fundum ipsum dotalem , possunt suo facto contravenire , atque ita alienationem ipsam revocare* (53). La ragion è, che il fatto è sostanzialmente nullo. Ma colui , che contravviene , è tenuto alla evizione ? Ecco un secondo quesito, ed ecco il suo scioglimento. Lo stesso Menochio risponde in tal modo: *His sic praemissis et explicatis, dubitatur nunc, an mulier et ejus vir de evictione et interesse teneantur, cum emtor fundi dotalis sit stipulatus de evictione? Et respondendum est, nec virum , nec mulierem teneri , non solum ad poenam dupli ob sequutam evictionem , sed nec ad pretii restitutionem . Quae sententia vera* (54). Lo stesso sentimento ragiona e sostiene con molta solidità Cesare di Afflitto : *Cum ergo contractus peccaverit in for-*

(53) *Jacobus Menochius consil.*559 *n.*1.
(54) *Menoch. cons.*. 559. *n.* 5.

forma praescripta a regia pragmatica, (ch'è appunto la prammatica unica *de vinculis seu conditionibus etc.*) *quae etiam expresse omnia in contrarium annullavit*, *ipsemet Dux contrahens illum revocare poterit . . . Et quando actus peccat ratione formae*, *vel fuit a lege prohibitus*, *non debetur evictio* (55). Dunque è certa legal conclusione, che il contratto, ch' è nullo per mancanza di requisiti sostanziali, non può sostenere in niun modo la promessa della evizione. Per tutto ciò l' evizione svanisce, e si risolve in quel nulla, in cui il contratto stesso risolvesi.

Non ostante però, ch'è risoluto in nulla il contratto del 1713, ed è seco svanita anche la evizione, che ne formava una giunta, si fanno nondimeno innanzi li Carotenuto a chiedere il prezzo delle migliorie, le quali formano un vantaggio ed un accrescimento del valore del fondo. Que-

(55) *Caesar de Afflicto controvers. jur. resolut. II. n.8. 9.*

Questa ultima dimanda non può entrare nè punto nè poco nel presente giudizio. Essa dev' essere solennemente dedotta, e sottomessa quindi a cognizione, deve formar la materia di un secondo giudizio. Ciò non ostante, perchè questa loro dimanda non camini sola, e senza la compagnia delle convenienti risposte, noi fin da ora accenniamo al S.C. il nerbo delle risposte, che trovandoci all'uopo, daremo corredate ampiamente. L' esistenza delle migliorie è materia di fatto, ed è conseguentemente materia di pruova. Ma noi ragionando su la ipotesi, ch'esse esistano, diciamo, ch'esse o son solo figlie del tempo, ovvero son figlie del tempo e della industria. Tutta l' agraria non ci presenta altra idea di migliorie. E quelle, che sono unicamente figlie del tempo, sieguono *tanquam accessiones* il fondo, ed appartengono al padrone del fondo. Se il tempo e la rugiada celeste, ed una natural fertilità del fondo, ed un concorso di felici circostanze sono le sole cagioni delle miglio-

rie

rie, nelle quali non ha avuta parte niuna l' opera de' coltori, ingiustamente se ne dimanda il prezzo. Al contrario le migliorie fatte dalla mano dell' uomo, cioè quelle, che son effetto della industriosa cultura, quelle, che la mano dell' ozioso agricoltore non ritrova mai nel fondo, queste debbonsi certamente; nè ad esse il nostro clientolo, quando siene non però provata legalmente la esistenza, fa dubbio o opposizione alcuna. Questa è la teoria legale stabilita dal giurisconsulto Celso: *In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti, aut conseruisti, deinde evincitur: bonus judex varie ex personis causisque constituet. Finge, et dominum eadem facturum fuisse, reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo duntaxat, quo pretiosior factus est: et si plus pretio fundi accessit, solum, quod impensum est* (56). Tanto abbiam creduto sufficiente per ultima risposta all' ultima pre-

(56) *L.* 38. *D. de R. V.*

pretension mossa dalli Carotenuto. E' perciò tempo ormai di chiudere questa difesa, che nel corso è divenuta più lunga del nostro primitivo disegno ed intendimento.

Tutte le operazioni fatte in questa allegazione ci danno ora il dritto di ragionare e di conchiudere a tal modo. E noi in primo luogo provammo, che i beni remasti nella eredità di Paolo Confalone appartengano per sua disposizione a' nipoti, uno de' quali è il nostro clientolo. E poichè tra que' beni è la masseria sita nel territorio di Valle, conchiudemmo assai dirittamente, che essa gli appartenga per un dritto tutto proprio e particolare, trasmessogli dall' avolo, indipendentemente dalla persona del padre e del zio paterno. Ma questa masseria è soggetta al fedecommesso dell'avolo. Dunque in osservanza del volere del padron della roba deve conservarsi nella famiglia, e trasmettersi a'chiamati, senza mai alienarsi. Ma essa fu alienata per contratto enfiteutico dell' anno 1713

a'ra-

a' fratelli Carotenuto. E da tutto ciò si è ben tratto, che l'alienazione è nulla. E a dir vero essa è nulla, perchè que', che l' alienarono, non essendo padroni della roba, non potevano alienarla. Ed essa è nulla, perchè un rotondo divieto del testatore faceva ostacolo all' alienazione. Ed essa in ultimo luogo è nulla, perchè fu omessa la forma prescritta dal dritto romano e patrio ne' contratti de' beni fedecommessati. Giustamente adunque D. Giovannandrea Confalone revindica ciò, che gli appartiene, e che è stato nullamente distratto ed alienato. Ma poichè i detentori del fondo sono iti opponendo, che D. Giovannandrea, qual erede di due degli alienanti, dee prestar la evizione per lo fatto e per la promessa loro, si è ulteriormente dimostrato, che ove il fatto è intrinsecamente nullo, niuna obligazione nasce dal fatto e dal contratto, e niuna evizione; intantochè lo stesso autor del fatto potrebbe impunemente rivocarlo. E di tutte queste dimostrazioni l' ultima conseguenza è, che

D.